

64 DRIE TYPEN VAN RECHTSVINDING – 1972

Gerard Wiarda (1906-1988)

Gerardus Johannes Wiarda werd geboren op 4 september 1906 in Amsterdam. Zijn vader was rechter. G.J. Wiarda studeerde rechten aan de Universiteit van Amsterdam, werd in 1930 advocaat en in 1932 startte hij zijn rechterlijke loopbaan als secretaris van de Raad van Beroep voor de Directe Belastingen in Amsterdam. In 1934 werd hij rechter-plaatsvervanger, later voltijds kinderrechter en in 1944 ‘gewone rechter’.

In 1939 promoveerde Wiarda *cum laude* bij Paul Scholten op het proefschrift *Overeenkomsten met overheidslichamen*. In 1947 werd hij hoogleraar administratief recht in Utrecht, maar al in 1950 kwam daar een einde aan bij zijn benoeming in de Hoge Raad, waarin hij 26 jaar zou zetelen, de laatste vier jaar als president. In 1966 werd hij daarnaast rechter in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, toen nog een functie met een beperkte werkbelasting van zowat één zaak per jaar (in de volgende tien jaar zou het aantal zaken vertienvoudigen). Na zijn pensionering bij de Hoge Raad in 1976 bleef hij rechter in Straatsburg tot 1985, de laatste vier jaar als president van dit hof.

Drie typen van rechtsvinding (Zwolle, Tjeenk Willink, 72 bladzijden) is een herwerkte en aangevulde versie van een artikel dat in 1963, met dezelfde titel, verscheen in een Tjeenk Willink feestbundel. Een derde, nog verder uitgewerkte, uitgave verscheen in 1987 en een vierde in 1999 (met een inleiding door T. Koopmans).

De jaren 1960 en 1970 waren zeer productief op het vlak van literatuur over rechtsvinding. Het was in veel opzichten een scharniermoment in de geschiedenis, wereldwijd. Wat de rechtsvinding in West-Europa betreft, was dit een invraagstelling van een nog steeds dominant positivisme, met een sterke gehechtheid aan de tekst van de wet, en een nieuwe kijk op de traditioneel enge visie op de rol van de rechter. De erfenis van de Franse Revolutie herleidde de rechter nog steeds grotendeels tot ‘*bouche de la loi*’, tot een strikte wetstoepasser. Al rond 1900 was hiertegen gereageerd met uitstekende publicaties die lang invloedrijk zijn gebleven, onder meer van François Gény in Frankrijk, van Paul Vander Eycken in België en van J.F. Houwing in Nederland. In Nederland was het vooral Paul Scholten die in de jaren 1930 de enge visie op de rechterlijke functie opentrok met zijn *Algemeen deel*, dat mijns inziens nog steeds het beste is dat in de wereldliteratuur over rechtsvinding werd geschreven, Ronald Dworkin inluis. Niet toevallig was Wiarda een leerling van Scholten (zie het voorwoord in Wiarda’s boek) en klinkt *his master’s voice* duidelijk doorheen Wiarda’s boek door.

Deels onder invloed van Scholten is de Nederlandse visie op rechtsvinding zich al voor

G.J. Wiarda bij de uitreiking van een kunstprijz in Amsterdam, 1958, Den Haag, Nationaal Archief, collectie Angfo.



de jaren 1960 vrijer gaan ontwikkelen dan waar ook in Europa. Wiarda merkt hierbij op: 'Dat sindsdien de rechter over een nog vrijere armslag is gaan beschikken dan reeds Scholten hem wilde toekennen is gevolg van een door de rechtspraak, maar vooral ook door de wetgever bepaalde rechtsontwikkeling die ertoe heeft geleid dat onder het door de rechter toe te passen normenmateriaal de zogenaamde vage rechtsnormen, ook wel blanco normen genoemd, een steeds grotere plaats zijn gaan innemen' (bladzijden 5-6). Vanaf 1970 is een systematische bevoegdheid voor de rechter om de toepassing van een wet of contract te toetsen aan redelijkheid en billijkheid prominent aanwezig in het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek en heeft de ontwikkeling zich dus nog verder doorgezet. Wiarda focust op de steeds ruimere bevoegdheid die de Nederlandse wetgever aan de rechter gegeven heeft, terwijl de Hoge Raad al eerder in grote mate die vrijheid zelf genomen had, en dit al vroeg in de twintigste eeuw (zie onder meer het arrest *Lindenbaum/Cohen*, HR 31 januari 1919, *Nederlands Juristenblad*, 1919, 161). Het is geen verrassing dat deze lijn werd doorgetrokken toen Wiarda raadsheer en president van de Hoge Raad was. Rechters hebben zich altijd graag verscholen achter de brede rug van de wetgever, of in de *common law* achter het gezag van een lange rechtstraditie 'since times immemorial'.

Drie typen van rechtsvinding draagt de 'ondertitel', die men overigens pas vindt op de achterzijde van het derde titelblad (!), *Rechters als spreekbuis der wet, als wetsvertolkers en als 'goe-*

de mannen' oordelend naar billijkheid. Dit is een parafrase op de drie types van rechters die Montesquieu onderscheidt. Spreekbuis der wet is Montesquieus *bouche de la loi*, het ideaal van de Franse revolutie, waarvan ook de Exegetische School in de hele negentiende eeuw doordrenkt is. Wetsvertolkers zijn de rechters die meedenken met de wetgever en de wet interpreteren in functie van nieuwe omstandigheden en nieuwe, heersende, maatschappelijke visies, maar ook creatief kunnen omgaan met de regel bij een toepassing op Portalis' '*mille questions inattendues*'. De rechters ten slotte die oordelen als goede mannen naar billijkheid zijn zoals arbiters, met de grootst mogelijke vrijheid bij het bepalen van de toepasselijke regel. Volgens Wiarda is de Nederlandse rechter daar in 1972 al heel dichtbij gekomen. Na 1972 is die rol van de billijkheid in de privaatrechtelijke rechtspraak alleen maar versterkt, nu de rechter een algemene bevoegdheid heeft gekregen om de toepassing van de wet waar nodig bij te sturen in het licht van redelijkheid en billijkheid volgens artikel 2 van boek 6 van het NBW. Deze uitbreiding van vage normen of discretionaire bevoegdheden verschuift volgens Wiarda de regel naar de achtergrond. De rechter oordeelt casuïstisch op basis van billijkheid, geval per geval, zonder daarbij vaste regels te volgen.

Wiarda is zich goed bewust van de risico's van een al te vrije rechtsvinding, waarin de rechter zelf, als enige, de regel bepaalt die hij toepast. Daarom zoekt hij naar wat de rechter houvast kan bieden om willekeurige, al te subjectieve beslissingen te helpen vermijden. De kernbezorgdheid is: aansluiten bij de heersende maatschappelijke opvattingen. Dit is niet moeilijk voor de rechter wanneer de wetgever begrippen hanteert zoals 'kennelijk onredelijk'. Dan gaat het om flagrante gevallen waarin vrijwel iedereen een bepaald gedrag of mogelijke beslissing onredelijk zal vinden. Maar 'gewone' oordelen naar billijkheid of redelijkheid liggen moeilijker. Hoe weet de rechter welke de heersende maatschappelijke opvattingen zijn? En wat als er niet één heersende opvatting is, maar verschillende minderheidsopvattingen in de samenleving? De rechter dient, aldus Wiarda, zijn beslissing te kaderen binnen het rechtssysteem. Hij moet aansluiting zoeken bij bestaande rechtsbeginselen, bij andere rechtspraak in aanverwante gevallen en bij de (heersende) rechtsleer. Hij dient zich naar 'objectieve gezichtspunten' te richten en zijn uitspraak dient veralgemeenbaar te zijn, niet enkel geschikt voor het zeer concrete geval dat beoordeeld wordt.

Zoals gezegd bloeide de rechtsvindingsliteratuur in West-Europa in de jaren 1960 en 1970. Wiarda vermeldt zelf uit die periode onder meer Jack Ter Heide, Josef Esser, Gerard Langemeijer, Jan van Dunné, Adriaan Pitlo, Hans Schoordijk, en de auteurs die bijdroegen aan de bundel *Rechtsvinding* in 1970. In de loop van de volgende decennia stagneerde geleidelijk de stroom aan rechtsvindingsliteratuur. Vooral de rechten van de mens werden een populair onderwerp. Al bleef er nog vrij veel aandacht gaan naar de sterke rol die supranationale hoven zichtbaar speelden, het Europees Hof van Justitie vanaf de jaren 1960, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vanaf de jaren 1970. Misschien is vrijwel alles intussen gezegd over de klassieke rechtsvinding, maar in elk geval is de druk nu veel kleiner om de huidige situatie in vraag te stellen. Aanvaarding van het verbod op rechtsmisbruik als algemeen rechtsbeginsel, een veralgemeende toepassing van het

goede-trouwbeginzel en dergelijke hebben ook in België geleid tot een ruimere rol voor de rechter. In Nederland kan die nauwelijks nog ruimer worden. Ook in Frankrijk heeft onder meer de hervorming van het contractenrecht in 2016 een ruimere taak gegeven aan de rechter. Publicaties zoals dit boek(je) van Wiarda hebben dus hun werk gedaan. Ze hebben mee een consensus doen groeien rond wat een evenwichtige taakverdeling tussen wetgever en rechter hoort te zijn in de huidige samenleving. De uitgave van 1972 is overigens, niet toevallig, gezien de grote aandacht voor deze problematiek in die periode, veel invloedrijker geweest dan de latere uitgaven, die veel minder aandacht hebben gekregen omdat de rol van de rechter toen minder centraal stond in de academische en maatschappelijke discussies.

Invloedrijke publicaties zijn niet noodzakelijk de meest innoverende studies. Vaak geven zij een meesterlijke synthese van bestaand onderzoek en lopende discussies zonder daar zelf substantieel iets aan toe te voegen. Dit geldt voor Wiarda's *Drie typen van rechtsvinding*, maar bijvoorbeeld ook voor het een jaar later verschenen *Het beleid van de rechter* van Walter Van Gerven, dat eveneens erg invloedrijk is geweest. Wat zeker helpt bij het succes is het ogenblik van publicatie – de tijd is er rijp voor – en de maatschappelijk sterke positie van de auteur. Wiarda was in 1972 voorzitter van de Hoge Raad. Hij was overigens niet de enige hoge magistraat in Nederland in die periode die publiceerde over rechtsvinding en invloedrijk was. Jan Leyten, advocaat-generaal, en Gerard Langemeijer, procureur-generaal bij de Hoge Raad, zijn hiervan notoire voorbeelden. Hun visies steken overigens schril af bij die van de toenmalige procureur-generaal bij het Belgische Hof van Cassatie, W.J. Ganshof van der Meersch, die duidelijk de klassieke rol van de rechter verdedigde, overigens in een stijl die evenzeer negentiende-eeuws aandeed.

Wiarda schreef vanuit de bezorgdheid van een rechter om zo goed mogelijk recht te spreken. Hij schetste niet enkel de toename van het gebruik van vage normen door de wetgever en dus de toegenomen delegatie van bevoegdheden aan de rechter, maar hij poogde ook de rechter daarbij een houvast te bieden. Daar was in de jaren 1970, zeker in Nederland, een grote behoefte aan. Dit verklaart het succes van dit boek en zijn invloed. Het heeft ook mede de kritiek opgevangen op de al te grote bevoegdheidsdelegatie aan de rechter. Vrees voor rechtsonzekerheid was er zeker bij de (geleidelijke) invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek tussen 1970 en 1992, maar de kritiek is uiteindelijk vrij beperkt gebleven. Een andere en invloedrijke publicatie van Wiarda was zijn preadvies over *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* voor de Vereniging voor Administratief Recht in 1952.

Opmerkelijk voor een Nederlands boek, ten slotte, zeker vanuit hedendaags standpunt, is het veelvuldig gebruik van Franse citaten (Montesquieu, Pascal, Portalis), zonder vertaling naar het Nederlands. Dit zou vandaag niet meer kunnen. De Nederlandse lezers zouden het vermoedelijk niet begrijpen..., meer nog, veel Nederlandse auteurs ook al niet en ze zouden Montesquieu in het Engels lezen en citeren. Nederlandse intellectuelen van de generatie van Wiarda lazen vlot Duits, Frans en Engels, en overigens ook Latijn. Daarvan is vandaag enkel het Engels overgebleven.

H. Drion, 'Levensbericht G.J. Wiarda', in: *Jaarboek van de Koninklijke Nederlandse Akademie voor Wetenschappen*, Amsterdam 1989, 192-198; T. Koopmans, 'Wiarda, de serene evenwichtskunstenaar', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1983, 120-131 (zie ook *Juristenportretten: De ontwikkeling van het Nederlands recht van de afgelopen dertig jaar in 18 portretten*, Zutphen, 2014, 13-27); *Verspreide geschriften van G.J. Wiarda*, Den Haag, 1986.

em. prof. dr. Mark Van Hoecke
Universiteit Gent